Os Cemitérios e o "Jus Sepulchri"

Abner C. L. de Vasconcelos
(sócio efetivo)

No Brasil, por força da tradição religiosa, que vem desde o direito romano, o cemitério sempre teve o seu carater sagrado, até à instituição da República (1). Sem necessidade imediata de explorar essa fonte histórica do direito, o presente estudo busca fixar apenas o que se compreende no período da independência, por ter maior interesse de ordem jurídica. A lei de 1.º de Outubro de 1828, que deu regimento às câmaras municipais, no Art. 66 e § 2.º, especificou-lhes a atribuição para prover, juntamente com a autoridade eclesiástica, sobre o estabelecimento de cemitérios fora dos templos, velando pela sua administração, ordem e economia. (2)

Tendo o Dec. 2.812, de 3 de Agosto de 1861, dado novo regulamento aos cemitérios do Rio-de-Janeiro, o aviso de 5 de Julho de 1871 estendeu as suas prescrições aos cemitérios das províncias. (3)

Todos os atos da administração interna dos cemitérios ficaram expressamente previstos e regulados, notadamente quanto ao que se refere à concessão de sepulturas, prazos de sua duração, emolumentos, decadência de direitos, etc. Existia assim o direito positivo concernente ao sepulcro, ao tempo em que o Estado e a Igreja se entrelaçavam, distribuindo entre si as duas esferas de competência, dada a inegavel relação do culto espiritual devido aos mortos, do domínio da religião.

---

(1) Monte — *Dir. Eclesiástico*, 2, §§ 1146 e segs.; Lacerda de Almeida — *A Igreja e o Estado*, págs. 227 e segs., e *Parecer* na *Rev. de Direito*, 49/562; Trigo de Loureiro — *Dir. Civil*, 2, §§ 259-64. Vejam-se sobre as origens do direito funerário: Carlo Fadda — *Studi e Questioni di Diritto*, vol. 1.º, págs. 545 e segs.; Fustel de Coulanges — *La cité antique*, Cap. II do Tit. I.

(2) A lei de 1.º de Outubro de 1828 é a regulamentação do Art. 169 da Constituição de 1823, o âmbito do exercício das funções municipais. O Ato Adicional, Art. 10, § 4.º, deu atribuição à Assembléia Provincial para legislar sobre a polícia e economia do município, precedendo proposta das câmaras.

Conf. Cortines Laxe — *Reg. das Cam. Municipais*, págs. 76 a 80, 1.ª ed.; e José Maria Vidal — *Man. Prát. das Cam. Municipais*, nos. 290 e segs.

(3) Ferreira Alves — *Leis da Provedoria*, 3.ª ed., nota 119.

Sobrevindo o advento da República, com a separação dos dois aludidos poderes, o Governo Provisório expediu o Dec. 789, de 27 de Setembro de 1890, de secularização dos cemitérios, ao qual não contraria a Const. Fed., Art. 72, § 5.º Por esses atos legislativos ficou competindo às municipalidades a policia, direção e administração dos mesmos, sem intervenção ou dependência de qualquer autoridade religiosa. Entretanto, ficaram ressalvados os cemitérios que pertencessem a particulares, a irmandades, confrarias, ordens e congregações religiosas e a hospitais, sujeitos contudo à inspeção e polícia municipal. Permaneceu, assim, respeitado o direito adquirido à administração, embora mantido o carater da servidão pública dos cemitérios, sem embargos de sua natureza religiosa.

Secularizados os cemitérios e mantida a administração entregue aos hospitais, a Const. do Estado, de 1892, apenas dispôs, no Art. 101 e § 2.º, competir à Câmara Municipal deliberar, resolver e legislar sobre qualquer assunto que entendesse com a polícia, economia e administração local, de acordo com a Const. do Estado e a da União.

Não houve lei regulamentar referente aos cemitérios. A lei 33, de 10 de Novembro de 1892, relativamente à organização municipal, dispôs no Art. 25, N.º XXI, competir à respectiva câmara a construção de necrotérios e cemitérios e o serviço de enterramentos, em que deixou livre a todos os cultos a prática dos ritos religiosos, desde que não ofendam a moral pública e as leis. A extensão do direito de administração continuou a ser observada de acordo com o que prescreveu o Dec. 2.812, de 3 de Agosto de 1861, ex-vi do referido aviso de 5 de Julho de 1871.

A Const. Fed. de 1934 dispôs no Art. 117, N.º 7: Os cemitérios terão carater secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos, em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porem, à fiscalização das autoridades competentes. É-lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular. A Estadual, de 1935, não consignou dispositivo a respeito, apenas prescrevendo, no Art. 75, que a lei orgânica dos municipios consignaria a regulamentação dos serviços de sua competência. Não obstante isso, a lei N.º 32, de 30 de Dezembro de 1935, não contem dispositivo especial quanto aos cemitérios. O Art. 10 dispõe unicamente que compete à câmara administrar os bens de uso público, e cuidar dos serviços de higiene e saude pública.

Com o golpe de estado de 1937, nova estrutura constitucional teve o País. A carta política de 10 de Novembro, no Art. 122,

N.º 5, consignou que os cemitérios terão carater secular e serão administrados pela autoridade municipal. Este dispositivo não teve ainda regulamentação, por lei federal, nem a seu respeito se pronuncia a legislação posterior do Estado, ou dos Municipios.

Não contendo aquele texto da constituição vigente nenhuma ressalva quanto ao **statu-quo** dos cemitérios administrados pelos hospitais ou confrarias religiosas, quis por ventura o constituinte modificar-lhes a situação juridica? É certo que atualmente o direito adquirido não goza da garantia constitucional. Mas, nem por isso, essa prerrogativa fundamental desapareceu da nossa legislação. O legislador, quando, por interesse de ordem pública, quiser estender ao passado os efeitos de uma lei, fá-lo-á expressamente. Sem que assim o faça, os direitos particulares alcançados pela lei nova não serão molestados. No silêncio da lei, serão respeitados os direitos adquiridos. (4)

Pelo interesse geral que representa a guarda dos despojos humanos, deduz-se a razão de ser de os poderes públicos cercarem os cemitérios de garantias, incluindo-os na órbita dos serviços do município. Não só por motivo de ordem moral e religioso, mas tambem por medida de polícia sanitária, justifica-se essa tutela oficial.

Trata-se, por tanto, incontestavelmente, de um serviço público, desde que tem por fim satisfazer as necessidades de um interesse geral, que obedece a uma continuidade evidente. (5)

Por força da nossa organização política, é municipal o serviço público funerário. Não altera a natureza dessa situaçãc juridica o fato de a lei haver respeitado a administração exercida pelas irmandades religiosas e pelos hospitais. É a própria doutrina do direito administrativo que reconhece poder haver serviço público propriamente dito, ainda que a sua direção seja desempenhada por um concessionário. (6)

---

(4) Veja-se a respeito a opinião de Eduardo Espínola e Filho: A Const. de 10 de Novembro de 1937 não manteve como princípio constitucional o da irretroatividade das leis, de sorte que a regra se mantem como lei ordinária, nos termos do Código Civil, podendo ser afastada em relação a qualquer outra lei que se declare com o carater retroativo. *Trat. de Dir. Civil Bras.*, vol. 1, pág. 492.

(5) Jéze—*Droit Adm.*, págs. 141, nota 2, e 242-3; Hauriou—*Droit Adm.*, 7.ª ed., pág. 12.

(6) Jéze—op. cit. pág. 250; Odilon de Andrade — *Serviço Público e de utilidade pública*, N.º XXX; Temístocles Cavalcante — *Inst. de Dir. Adm.*, vol. 2, pág. 300.

Não há dúvida que os cemitérios, juridicamente falando, estão incluidos na órbita da propriedade pública. Meucci assim os conceitua, acrescentando: Indisputavel é a dominialidade dos cemitérios em geral, embora dê margem à questão especial relativa aos túmulos concedidos aos particulares mediante o pagamento do solo e taxas cemiteriais, etc. Pensa ele que um direito privado sobre obras e tambem sobre concessão compete aos adquirentes por força da própria concessão, semelhante à dos proprietários fronteiriços sobre as estradas públicas, salvo a propriedade da comuna e a dominialidade da cousa. A seu ver, não se pode conceber que o cemitério permaneça cousa pública e dominial, enquanto as várias frações dela se tornem propriedade privada. (7)

O nosso direito administrativo não discrepa dessa orientação doutrinária. Assim, para Menegale Guimarãis a verdade é que os cemitérios são integrantes do domínio público, desde que em seu regime predomina o interesse público.

Há uma corrente doutrinária que nega essa qualidade de domínio público aos cemitérios; mas, como bem pondera Temístocles Cavalcante, os autores que assim entendem não se adaptam às exigências das leis brasileiras, que determinam a natureza municipal dos cemitérios, constituindo a sua exploração por particulares uma tolerância da administração, o que não lhes tira a natureza de direito público e a sua subordinação às disposições das leis administrativas.

Entre as medidas de ordem administrativa, que demonstram a sua natureza de direito público, está aquela que permite à municipalidade fechar os cemitérios velhos e mudá-los por motivo de interesse público. (8)

Fixada assim a figura jurídica dos cemitérios no quadro geral do Direito, surgem outros aspectos jurídicos a eles relacionados e subordinados. É, pois, da maior importância para o estudo das relações jurídicas, que se vinculam com as sepulturas, a conclusão de que os cemitérios são bens públicos. E isso não sofre contestação séria em face dos princípios que presidem à formação do direito pátrio.

Estabelecidos a legitimidade da administração dos hospitais, no tocante aos cemitérios, e o interesse público que os envolve, cabe a apreciação das peculiaridades jurídicas que envolvem as concessões de sepulturas. Embora o cemitério tenha a categoria de es-

---

(7) Meucci — *Diritto Amministrativo*, pág. 372, nata 2; Menegale — *Direito Adm.*, vol. 2, pág. 68-9, fundado em Bielsa, vol. 11, pág. 179.

(8) Temístocles Cavalcante — op. cit., págs. 495-6.

tabelecimento de ordem pública (9) e, nessa qualidade, seja considerado fora do comércio (10), nem por isso se segue que os terrenos para os túmulos não constituem objeto de um contrato **sui generis**. O Dec. 2.812, de 3 de Agosto de 1861, no Art. 27, dispôs que as sepulturas particulares seriam concedidas por 3, 5, 20, 40 anos, **ou perpetuamente.** O Art. 28 acrescentava que as concessões assim feitas não poderiam ser transferidas a terceiras pessoas por aqueles que as obtiveram, concluindo que qualquer estipulação neste sentido seria nula.

Com essa base fundamental, oriunda da lei orgânica que traçou no País os delineamentos objetivos do direito funerário, nos seus diversos aspectos, facil é, com o subsidio da doutrina, fixar todo o alcance das normas que a este presidem. Entre nós, por exemplo, a "Santa Casa", que ficou com o encargo de administrar o "Cemitério de São João Batista", cede terrenos para sepultamentos por periodos de tempo ou com perpetuidade, estabelecidas as condições. O Regulamento Interno, de 1917, Arts. 86 e segs., dispõe a respeito, sem que jamais lhe fosse negado esse direito.

Assim, embora se trate de um bem público, de interesse geral, ligado aos poderes municipais, bem por si inalienavel em seu conjunto, nada impede que, para servir à sua própria finalidade, seja a sua área fracionada e cedida a particulares, mediante determinada retribuição pecuniária.

A natureza jurídica dessa concessão nada tem que ver com o modo comum de aquisição da propriedade; tem a sua modalidade característica, que não leva jamais à plenitude do domínio. Esta é a feição própria do chamado direito de sepulcro.

O pagamento da taxa de ocupação de um terreno, na proporção de sua qualidade e em relação à sua extensão no tempo, é a exigência da sua obtenção.

Daí o motivo da simplicidade que reveste a formação do vínculo contratual, sem outras formalidades complementares, por isso mesmo que não há aquisição definitiva de direitos. Basta a proibição terminante da transferência a terceiros, a título oneroso, para mostrar a limitação do direito sobre a sepultura, ainda que esta seja perpétua.

O direito de uso dos terrenos funerários tem, em regra, uma utilidade familiar, quando cedido por periodos longos ou com per-

---

(9) Fleiner — *Derecho Adm.*, págs. 259-61.

(10) Lobão — *Interd.*, §§ 122-3; Lafayette — *Cousas*, § 62, pág. 154; Cód. Civil, Arts. 66, N.º II, 67 e 69.

petuidade. Embora não seja susceptivel de uma transmissão lucrativa, vedada pela lei, subentende-se permissivo o enterramento de estranhos, a título gratuito. Há margem assim às manifestações da amizade ou da caridade, tão próprias nos transes mortuários.

Sendo um direito limitado a especificado fim, não pode ser objeto de garantia de nenhuma obrigação do seu titular, sobre ele não podendo recair quaisquer onus que alterem a estrutura primitiva de sua aquisição.

A orientação do direito moderno não discrepa do nosso direito positivo; ambos correm paralelos, adaptando-se a este as conclusões doutrinárias de outras legislações. Planiol et Rippert discorrem com clareza a respeito, dizendo: Tradicionalmente, os túmulos são considerados como fazendo o objeto de um direito de propriedade **sui generis**. É uma idéia que vem do direito romano e que a jurisprudência jamais abandonou, a pesar dos esforços tentados outrora pela administração, no sentido de que as concessões nos cemitérios fossem simples arrendamentos, não conferindo ao concessionário mais do que um direito pessoal de gozo. Não se trata, em verdade, de um direito de propriedade civil, por que, mesmo perpétua, a concessão é eivada de precariedade, de vez que a municipalidade pode deslocar o cemitério e fazer desaparecer o direito sobre o antigo terreno concedido; porem esse direito é substituido por um direito semelhante sobre um novo terreno de igual superfície. Demais, a perda das concessões centenárias e perpétuas pode ser pronunciada nos casos de não conservação. Os arestos mais recentes e a doutrina reduzem o direito do concessionário a um direito real imobiliário com carater especial. Esta análise conduz às consequências seguintes:

1.ª) O ato da concessão pode ser interpretado pelos tribunais;

2.ª) O concessionário pode exercer a ação de reinvindicação contra a usurpação dos vizinhos;

3.ª) A transmissão da concessão a título gratuito é permitida, porem as convenções a título oneroso são vedadas, qualquer que seja a forma, por que toda idéia de especulação deve ser então afastada; com mais forte razão, a concessão não pode ser hipotecada nem penhorada. (11)

Desenvolvendo argumentos idênticos e refletindo a corrente dos escritores franceses e italianos, Bento de Faria chegou às mesmas conclusões a respeito da classificação jurídica da concessão de

---

(11) Planiol et Rippert — *Traité Prat. de Droit Civil*, III, n.º 139; Arnoldo Medeiros da Fonseca — comentário, na *Rev. de Crit. Jud.*, XXXI/140-144.

sepultura, direito de uso e gozo, para limitado fim, de uma parte de um bem público, enquanto conservado o seu destino. Não se trata de nenhum dos característicos da propriedade, nem do domínio limitado da enfiteuse ou da servidão. Nega ao diploma da concessão do terreno a qualidade de título habil e susceptivel de transcrição, em face do Art. 676 do Cód. Civil, e conclue que a faculdade deferida a todos de adquirir nos cemitérios a área de terreno que julgar necessária à construção de mausoléus, jazigos ou ossários — apenas poderá criar para o concedente uma obrigação contratual de fixar e manter o local necessário à inhumação de um ou vários corpos. (12)

Não devo deixar de mencionar a magnifica exposição que sobre o assunto escreveu F. H. Mendes de Almeida, a respeito das sepulturas. O autor, depois de rememorar todos os aspectos discutidos em doutrina, nega ao **jus sepulchri** os atributos da propriedade, indo alem quando retira ao concessionário qualquer direito real ou pessoal. Em vez disso, classifica-lhe o direito de especial de sepulcro, para o qual não estabeleceu, porem, as garantias (13). Tem razão o ilustre jurista, quando salienta a origem administrativa do ato aquisitivo do direito tumular, como diferente, nos seus efeitos, da propriedade comum, da qual diverge radicalmente. Entretanto, é fora de dúvida que o direito de sepultura tem por objeto o uso e gozo de uma parte de um bem público, sem perder de vista a sua finalidade própria. Os atos administrativos geradores de direito são atos jurídicos e, como tais, susceptiveis das garantias outorgadas pelas leis civis. E como a todo direito corresponde uma ação que o assegure, lógico é que haja um meio processual de o realizar, no caso das relações jurídicas da sepultura. Mais de uma ação pode justificar a presença do titular do direito em juizo. Tanto pode ser uma ação pessoal, se visa indenização por ofensa ao livre exercício do direito, sem que tenha importado na perda da posse do túmulo (14), como uma ação real destinada a alterar a constituição física do sepulcro (15), ou ainda a de manutenção, quando

---

(12) Bento de Faria — *Pareceres*, vol. 1.º, págs. 590-5.

(13) F. H. Mendes de Almeida — *Contribuição ao estudo da natureza jurídica da concessão de terrenos de Cemitério — Rev. do Arquivo* , S.-Paulo, vol. LXX.

(14) Veja-se o Ac. do tribunal de S.-Paulo, de 20 de Setembro de 1927, na *Rev. dos Tribunais*, 63/571; Sentença do juiz de direito Castro Rosa, na *Rev. de Crit. Jud.*, 19/50-3.

(15) Ac. do tribunal de Porto-Alegre, de 1.º de Setembro de 1939, na *Rev. de Crit. Jud.*, 31/131-140.

o titular for ameaçado injustamente de demolição pelo poder municipal (16), ou por terceiros.

Vê-se por todo o exposto que a concessão de terreno para sepultura não constitue o direito real de propriedade, com os caracteres do domínio. Nem é por sua vez um mero direito pessoal, por dizer respeito ao uso da cousa pública. Mas esse uso não está compendiado entre as manifestações dos direitos na cousa alheia, donde não se inclue no Art. 674 do Cód. Civil. Entretanto, trata-se de um direito de natureza especial, que participa da estrutura jurídica de ambos, quer pela origem, quer pelo modo por que ele se exercita. Daí, no conceito dos escritores, a sua classificação fugir aos rigores da técnica jurídica.

Essa dificuldade não serviu de obstáculo a que, na arena judiciária, as ações amparassem as lesões que ameaçam os direitos inerentes ao cemitério e ao túmulo. A necessidade de tutelar esses direitos abre caminho seguro, na interpretação das leis, e firma-se vitoriosamente pela jurisprudência.

É verdade que o Cód. do Proc. Civil não contem dispositivo expresso referente à matéria. Apenas, reportando-se, no Art. 942, à impenhorabilidade, ressalva os bens públicos, sem entrar na sua conceituação, nem discriminação. Seguiu assim o sistema adotado pelo Cód. Civil, Art. 66. Á doutrina cabe, consequentemente, a missão de especificar os bens que particularmente pertencem a cada uma das pessoas de direito público. Tendo, na Comissão Revisora do Projeto do Código Civil, o Cons. Barradas apresentado emenda, apoiada posteriormente por Andrade Figueira e A. Tolentino, especificando os bens pertencentes à União, ao Estado e ao Município, entre os quais, os deste último, estavam incluidos os cemitérios públicos e os particulares, constituindo o Art. 94, § 3.º, do Proj. Revisto, não foi contudo aceita, tendo Clovis Bevilaqua ponderado que a especificação dos bens públicos pertence à esfera do direito constitucional e administrativo, e, por tanto, estranhos ao campo do direito civil. A sistemática do Código repudiou a consignação de as-

(16) Otaviano Vieira — *Casos Forenses*, pág. 180-4; Sentença do juiz de direito Décio Cesário Alvim e Ac., de 21 de Agosto de 1931, da 2.ª Câm. do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, na *Rev. de Direito*, vol. 113/119-21. No mesmo sentido, Correia Teles — *Doutr. das Ações*, § 199 e nota 1; Lobão — *Interd. Possessórios*, § 121.

sunto que não lhe compete, a pesar de o Cod. Civil francês consigná-lo. (17)

Assim, embora eliminada a discriminação no Cód. Civil, os expositores consignam as diversas classes dos bens pertencentes às pessoas de direito público, não havendo dúvidas a respeito. (18)

Tais bens, entretanto, não podem ser objeto de contratos, nem podem ser penhorados. Não só a lei civil e a do processo assim determinam, como a doutrina e a jurisprudência, descendo aos casos práticos que elucidam as dúvidas, firmam o mesmo princípio. Que são bens fora do comércio, alheios aos objetivos das partilhas e insusceptiveis de apreensão judicial, não há vacilação no direito pátrio.

Abordando o caso concreto do túmulo, assim o consideram, entre outros, Carvalho Santos, referindo (19) Eduardo Espínola (20), e o juiz Frederico Roberto Macedo Soares, em erudita e impecavel sentença.

Por ser bem inalienavel e fora do comércio, não pode ser penhorado (21). É a tese vencedora em nosso direito. O direito português assim sempre se orientou tambem. Haja vista o magnífico acordão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Novembro de 1916, que proclamou serem inalienaveis e insusceptiveis de penhora os terrenos dos cemitérios e jazigos, bem como as construções tumulares (22). Esta decisão reporta-se às fontes do moderno direito português, aos seus códigos e à jurisprudência dos tribunais. Entretanto, recentemente, o jurista lusitano Pires de Lima, apreciando a fisionomia jurídica da propriedade e transmissão de jazigo, conclue que, embora seja este impenhoravel por um decoro devido aos mortos, não deixa de fazer parte do patrimônio individual, e pode ser objeto de licitação, por ser bem de herança, devendo ser avaliado e partilhado (23). Esta opinião não parece ter feito eco no direito português.

---

(17) Prudente de Morais Filho — *Trabalhos relativos à elaboração do Cód. Civil*, vols. 1.º, pág. 362; e 3.º, págs. 181 e 221; Milcíades de Sá Freire — *Man. do Cód. Civil*, de P. de Lacerda, vol. 2, parte geral, pág. 531.

(18) Carvalho Santos — *Cód. Civil Interp.*, vol. 2.º, págs. 119-20; Clovis Bevilaqua — *T. Geral do Direito*, §§ 42 e 45.

(19) Carvalho Santos, op. e vol. cits., pág. 183.

(20) Eduardo Espínola — *Breves An.*, vol. 1.º, pág. 163. J. M. de Azevedo Marques — *Rev. de Crit. Jud.*, vol. 5, pág. 106-17.

(21) *Revista dos Tribunais*, vol. 83, pág. 69.

(22) *Revista de Direito*, vol. 52, pág. 69.

(23) *Revista de Direito*, vol. 80, págs. 8 a 14.

Entre nós, por motivo de justificaveis susceptibilidades morais, tal doutrina não logrou acolhida, como já ficou elucidado.

O direito de sepultura só é exercitado em juizo quando ofendido, através dos casos especificados nestas notas de estudos.

O último dos seus aspectos juridicos, sob que é capaz de manifestação objetiva, é o de ordem penal.

A violação de sepulcro, a profanação de cadaver e o ataque à memória dos mortos são modalidades dessa ofensa â integridade física do túmulo e à paz dos que já não são agentes de direito. (24)

Embora o novo Código Penal, de 7 de Dezembro de 1940, tenha omitido a parte relativa às contravenções, erigiu em crime os atos referentes à ofensa aos mortos. — Arts. 209 a 212. Reconhecem assim maior interesse social na reversão dessas delicadas violações penais, que tanto tocam o sentimento humano em sua alta expressão de espiritualidade. (25)

---

(24) Sobre os efeitos penais, vejam-se: — *Cód. Penal*, Arts. 364 a 366; Galdino Siqueira — *Dir. Penal*, vol. 2, n.º 564; Frederico Müller — *Da violação das leis de inhumação e da profanação dos túmulos e cemitérios*, na *Rev. de Direito*, vol. 98, págs. 485-92. Chauveau et Helie — *Th. du Code Penal*, vol. IV, págs. 407-22.

(25) O presente trabalho, visando fins práticos, foi composto pelo autor, na qualidade de mordomo da "Santa Casa de Misericórdia de Fortaleza", para orientação da Mesa Administrativa, por ocasião da reforma dos estatutos da referida beneficente.